

integração européia. Nota-se já, especialmente, que os tribunais nacionais negam apoio à nova ordem jurídica européia¹⁰².

Existem várias soluções possíveis para este sério problema, umas no patamar político, outras no patamar jurídico. Deixando de lado o patamar político, que aqui não se enquadra, segue uma sugestão:

Primeiro: fixar em cada diretiva nova a parte imediatamente aplicável no momento em que houver decorrido o prazo para a transformação, independentemente do tipo da diretiva, regulando-se o direito público ou o direito privado. Este novo procedimento deve basear-se numa nova versão do art. 189 III do Tratado CE a fim de autorizá-lo. Conjuntamente, deveria ser melhorada a publicação das diretivas, pelo menos nas partes marcadas, para a aplicação imediata.

Segundo: facilitar, simplificar e acelerar o processo de quebra do Tratado do art. 169 Tratado CE (para os casos de não-

transformação das partes não automaticamente aplicáveis das diretivas).

Terceiro: estabelecer, expressamente no Tratado CE, a responsabilidade extracontratual dos Estados-membros e ao mesmo tempo limitá-la aos casos concretos e exatamente definidos como de quebra do dever da transformação.

E, por último, vetar para o futuro, expressamente, outras possibilidades de aplicação imediata no âmbito do art. 189 Tratado CE ou de responsabilização fora do âmbito do art. 169 Tratado CE.

Pois, quanto mais a Comunidade Européia se aproxima da configuração de um Estado federal, em vez de uma comunidade de estados, tanto mais tem que adaptar medidas e estruturas que cabem a um Estado de Direito.

Espera-se que os países, que, no momento, moldam e formam o Mercosul tenham condições de evitar os desvios do desenvolvimento europeu e iniciem logo em um caminho certo.

O Ministério Público como Fiscal da Lei no Processo Civil

José Maria Tesheiner

(Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UFRGS, Desembargador aposentado, Professor Orientador do Curso de Mestrado da PUC-RS).

Generalidades sobre o Ministério Público

Diz a Constituição que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Todavia, soa falsa a nota de essencialidade à função jurisdicional do Estado. Fosse verdadeira, não poderia haver processo sem intervenção do Ministério Público. Mas esta somente é exigida em casos determinados. Tal como a lei ordinária, também a Constituição diz, às vezes, mais do que pretendia – *magis dixit quam voluit* (disse mais do que queria).

São funções institucionais do Ministério Público, conforme dispõe o artigo 129 da Constituição:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços

O Ministério Público pode atuar, no processo civil, como autor; raramente como réu (refere-se, usualmente, a hipótese de rescisória de sentença proferida em ação de nulidade de casamento por ele proposta).

Pode atuar como curador especial de incapaz, de réu preso ou de revel fictamente citado (CPC, art. 9º).

Nossa atenção volta-se especialmente para outra forma de sua atuação em processo civil, ou seja, como fiscal da lei (custos legis), conforme previsão do artigo 82 do CPC.

Qual a natureza dessa espécie de atuação? Qual o regime da nulidade decorrente da falta de sua intervenção? Eis aí o objeto do presente estudo.

102. Ver por todos, Rengeling/ Middeke/ Gellermann, (nota 7), p. 501, cifra 989; Bach, (nota 23), p. 1115.

de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sen-

do-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

A intervenção do Ministério Público nas ações em que sejam partes os índios, suas comunidades e organizações é exigida pelo artigo 232 do Constituição.

No processo civil, o Ministério Público exerce suas funções institucionais atuando como parte (CPC, art. 81), como substituto processual (ao atuar como curador especial – CPC, art. 9º) e como fiscal da lei (CPC, art. 82).

“Dois princípios básicos informam, tradicionalmente, a instituição do Ministério Público: a) o da unidade; b) o da independência funcional. Ser una e indivisível a instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam. Ser independente significa que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica”. (*Cintra et alii*¹).

Conceito de parte

Antônio Cláudio da Costa Machado, citando Dinamarco, critica a distinção que usualmente se faz entre atuação do Ministério Público como parte e como fiscal da lei. “Nada de científico tem a distinção, (...), posto que baseada em critérios

heterogêneos (ser parte não significa não ser fiscal da lei, e vice-versa)²”.

A crítica supõe uma premissa: a de que o Ministério Público é parte, ainda quando atue como fiscal da lei. Depende, pois, do conceito que se tenha de parte.

Aquele que adotamos é o de Chiovenda: são partes o autor e o réu. Autor é quem pede, em seu próprio nome, a atuação da vontade da lei, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional. Réu é aquele contra quem ou em face de quem é formulado o pedido.

Ora, adotada essa conceituação, nada há de anticientífico na assertiva de que o Ministério Público, ao atuar como fiscal da lei, não é autor, nem réu, não formula pedido que constitua objeto do processo nem contra ele é formulado pedido algum.

É lamentável o vexo, tão freqüente entre os juristas, de criticarem afirmações alheias fora do conceito em que se inserem. Dando-se às palavras sentido diverso, qualquer assertiva pode ser apontada como errada, anticientífica e até absurda.

Reafirmamos, pois, a idéia de que uma coisa é atuar o Ministério Público como parte, isto é, como autor ou, mais raramente, como réu; outra, intervir no processo como fiscal da lei.

A crítica somente procede em outro contexto, isto é, a partir de outro conceito

de parte, como o adotado por Antônio Machado:

“Foi com Liebman, há algumas décadas, que um conceito puramente processual de parte se consolidou na doutrina. (...). Para Liebman, partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz (os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento). Assim, basta a posição de titular de um contraditório qualquer – amplo ou restrito – diante do juiz para que se alcance o *status* de parte no processo.³”

Em outras palavras, fora o juiz, é parte quem quer que seja legitimado a requerer no processo e a produzir provas e alegações. Prossegue Antônio Machado:

“O *parquet*, atuando como *custos legis*, embora não tenha a posição de parte bem definida, porquanto não seja autor nem réu, é tão parte quanto estes. Fiscalizando a atuação das partes e a aplicação da lei processual, promovendo o andamento do processo, propondo provas, requerendo diligências, participando da instrução, a instituição é parte apenas com a diferença que busca ao final um provimento definitivo que seja conforme a vontade da lei material e não conforme o interesse do autor ou do réu.⁴”

1. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 2. ed. São Paulo, RT, 1979. p. 177.

2. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. p. 98.

3. *Ibidem*, p. 101.

4. *Ibidem*, p. 101.

Não vemos vantagem nessa ampliação do conceito de parte, que mistura coisas heterogêneas, considerando como tal não apenas o autor e o réu, mas também qualquer terceiro legitimado a intervir no processo. Buscamos, porém, compreender o pensamento de Antônio Machado, logicamente coerente a partir das premissas que adota.

Diz ele que o conceito de terceiro não é inferido *a contrario sensu* do conceito (liebmaniano) de parte. Tecnicamente, terceiro é quem está legitimado a intervir no processo, mas não como autor ou como réu.

“Se alguém recebe da lei autorização para ingressar num processo, mas não para exercer ação ou exceção, este é terceiro. Terceiro, não porque não exerça ou não possa exercer atividade processual (está autorizado para tanto), mas porque não vai exercer ação ou exceção; não vai formular pedido para si. O conceito formal de parte, portanto, não se presta à distinção do terceiro, haja vista que ambos podem-se colocar no contraditório perante o magistrado e atuar processualmente. O que os distingue é a legitimação: a parte a tem para promover ação ou para ser chamada a respondê-la (ainda que ulteriormente); o terceiro a tem apenas para intervir em processo já existente entre outros sem exercer ação ou exceção.⁵”

Embora reconhecendo e proclamando que, nesse passo, o que nos separa é uma

divergência meramente terminológica envolvendo o conceito de parte, parece-nos não ser impróprio destacar que, depois de todo esse circuito lógico, volta-se ao que já se sabia: atuando como fiscal da lei, o Ministério Público não é autor nem réu, mas intervém no processo como terceiro, sem exercer ação ou exceção.

Sendo isso o que sempre se quis dizer, ao afirmar-se que, ao agir como fiscal da lei, o Ministério Público não é parte, vê-se bem que nada há de anticientífico nessa assertiva.

O Ministério Público como autor

O artigo 81 do Código de Processo Civil estabelece que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes. Tem-se, aí, atuação do Ministério Público como autor.

Alcides de Mendonça Lima observa:

“Como órgão agente, o Ministério Público é parte, não no sentido verdadeiro, normal e exato do termo, que é o duplo, ou seja, parte substancial (titular do direito material) e parte formal (atuando em juízo). É situação *sui generis*, apesar de, no trecho final do art. 81, atribuir ao Ministério Público ‘os mesmos poderes e ônus das partes’. Parte substancial o Ministério Público (nem a entidade, nem o agente) não é, porque não

é atingido pela coisa julgada, como vencedor ou como vencido, nem as vantagens, nem a lesividade. É, sim, substituto processual, *ex vi* art. 6º de nosso Código de Processo Civil, similar ao 81 italiano e ao 26 lusitano. Se o Ministério Público fosse parte verdadeiramente, inútil a alusão à identidade quanto aos poderes e aos ônus das partes.⁶”

Mas, como já observamos antes, nossa atenção não se volta para a atuação do Ministério Público como parte, mas como fiscal da lei.

O Ministério Público como fiscal da lei

Estabelece o artigo 82 competir ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesses de incapazes; nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte⁷.

Tem-se, aí, atuação do Ministério Público como fiscal da lei, como logo deixa claro o artigo seguinte, estabelecendo que, intervindo como fiscal da lei, o Mi-

nistério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

A disciplina jurídica da intervenção do Ministério Público é simples:

Deve ser intimado pessoalmente, dispõe o artigo 236, § 2º.

Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

“I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II – poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade” (CPC, art. 83).

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei (CPC, art. 499, § 2º). A Súmula 99 do STJ esclarece que “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

5. Ibidem, p. 116.

6. Alcides de Mendonça Lima. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 199.

7. O artigo 82, III, do CPC (com a redação anterior à Lei 9.415/96), resultou de emenda apresentada pelo Deputado Amaral de Souza, por sugestão da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, apoiada em tese do Promotor Sérgio da Costa Franco, aprovada no I Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo. A intenção era exigir a intervenção do Ministério Público nas causas da União, Estados e, sobretudo, dos pequenos Municípios, por notórias as deficiências de sua defesa judicial. A redação da emenda foi alterada, para se lhe dar ainda maior amplitude. É o que informa Luiz Felipe de Azevedo Gomes, em acórdão de que foi relator, no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Apelação Cível 189031974, j. 10.10.89).

Fundamento da intervenção do Ministério Público

Segundo Antônio Cláudio Machado, a indisponibilidade é o fundamento da atuação do Ministério Público:

“O ser indisponível ou inalienável é qualidade que a ordem jurídica atribui a certos direitos independentemente de sua natureza, isto é, independentemente da natureza da relação jurídica em cujo ventre tais direitos são gerados. A indisponibilidade não discrimina. Tanto é indisponível o direito privado como o direito público regido por lei de ordem pública. O que importa é a essencialidade social do direito, o que não é exclusividade de nenhum ramo jurídico. Logo, qualquer direito indisponível merece a tutela processual do Ministério Público.⁸”

Os direitos, afirma Antônio Machado, podem ser objetiva ou subjetivamente indisponíveis:

“Uma coisa é a lei criar a indisponibilidade de um interesse ante a sua intrínseca e inerente essencialidade social (v.g. os interesses ligados à família, ao processo eleitoral, aos registros públicos etc.), outra é a lei criar a indisponibilidade geral de interesses por causa da condição de incapacidade do seu titular. Na primeira hipótese, como não importa a titularidade do interesse – que é relevantíssimo socialmente e, por

isso, indisponível – o Ministério Público é chamado a participar imparcialmente do processo, colaborando com o juiz e com as partes, tudo no intuito de permitir a mais perfeita definição jurisdicional do interesse; a defesa da indisponibilidade, nesse caso, significa lugar pelo reconhecimento tanto da existência, como da inexistência do interesse. Já na segunda, por se tratar de interesses que só se tornam relevantes e, via de consequência, indisponível por causa da incapacidade do seu titular – o que se traduz, também, numa hipossuficiência processual -, tudo se transforma: o *parquet* deixa a sua imparcialidade e passa a atuar como um assistente da parte incapaz.⁹”

A intervenção do Ministério Público motivada pela existência de interesse público é certamente diversa da motivação decorrente da existência de interesse de incapaz.

A nota da indisponibilidade objetiva está sem dúvida presente no primeiro caso. No segundo, cabe perguntar: há realmente indisponibilidade – ainda que subjetiva – nas ações patrimoniais envolvendo interesses de incapaz? É impossível transação, versando a lide sobre direitos de incapaz?

O artigo 427, IV, do Código Civil responde à questão, autorizando o tutor a transigir, desde que autorizado pelo juiz. A mesma regra se aplica ao curador (Cód. Civil, art. 453). Arnold Wald informa que

a jurisprudência tem aplicado princípio idêntico aos pais em relação aos interesses dos seus filhos menores¹⁰. Ora, ainda que exigida autorização do juiz, não se exclui a transação e, portanto, a disponibilidade.

Constata-se, assim, que o motivo determinante da intervenção do Ministério Público nos processos em que haja interesse de incapaz é a incapacidade, e não a indisponibilidade dos direitos controvertidos.

Na verdade, o fundamento da intervenção do Ministério Público em processo civil é a existência de interesse público, como decorre da fórmula geral contida no artigo 82, III, do CPC: existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Como se verá, a qualidade da parte não é suficiente, por si só, para que se exija e justifique a intervenção do Ministério Público.

Quanto às causas em que haja interesse de incapazes, a circunstância de versarem sobre direitos disponíveis não afasta o interesse público em que não sejam esbulhados de seus direitos, por causa de sua incapacidade.

Natureza da intervenção

Lendo-se o artigo 82 do CPC, constata-se haver casos em que sem dúvida o Ministério Público intervém imparcialmente, para a defesa do interesse público; assim nas causas em que há interesse público evi-

denciado pela natureza da lide; em outros, parece que a intervenção é destinada à proteção de uma das partes; assim nas causas em que há interesses de incapazes ou interesse público evidenciado pela qualidade da parte.

Observa Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

“Seria possível grupar tal tipo de interveniência, do ponto de vista da predominância dos interesses em jogo, em duas espécies: na primeira, o MP intervém como fiscal de direitos ou interesses indisponíveis do grupo social, da coletividade, pouco importando que a ação se desenvolva entre duas pessoas individuais, como na ação de dissolução de sociedade conjugal, pois o destinatário da norma que determina tal intervenção do MP não é o cônjuge, mas a instituição do casamento; na segunda, o MP atuaria como fiscal predominantemente de interesse de determinadas pessoas ou classes de pessoas, destinatários específicos da norma que reclama a sua intervenção.¹¹”

Por isso, há divergência sobre a natureza uma ou dual da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, sustentando alguns que o Ministério Público age sempre na defesa imparcial do interesse público, sustentando outros haver casos em que sua atividade é de assistência, não se justificando, assim, que emita

8. Ibidem, p. 52.

9. Ibidem, p. 64-5.

10. Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e contratos. p. 75.

11. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 12-14.

parecer contrário ao interesse de incapaz ou, pior ainda, que recorra em favor da parte contrária.

“O Ministério Público não é nunca um procurador da parte, não é seu mandatário e nem seu defensor, nem mesmo agindo como parte adjunta, mesmo que esta parte seja incapaz. (...) Pode acontecer até que o Curador-Geral, após exigir todas as provas em favor do menor, venha a verificar que o mesmo está nos autos procurando uma vantagem injusta, ilegal e até merecedora de reprovação. Evidente não irá opinar a seu favor, na manifestação final.” (João Francisco Moreira Viegas¹²).

Observa Alcides de Mendonça Lima que, como órgão interveniente, a função do Ministério Público é a de *custos legis*, isto é, a favor da incidência correta da norma jurídica aplicável, sem ter de favorecer este ou aquele interessado, ainda que seja um daqueles que provocam sua intervenção, como, por exemplo, incapazes em geral¹³.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que, em qualquer caso, o Ministério Público atua como *custos legis*, não cabendo adjetivar as hipóteses, umas como de atuação de fiscal imparcial e outras de fiscal assistente¹⁴. Mas informa que Hugo Nigro Mazzilli, assim como Cândido R. Dinamarco, sustentam que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público,

quando existe interesse exclusivamente de incapaz, é de assistência.

Embora não querendo distinguir, Paulo Cezar acaba distinguindo. Diz:

“O MP, em qualquer dessas hipóteses, será *custos legis* e somente isto. Entretanto, os limites de sua atuação processual, notadamente do ponto de vista do interesse recursal, estarão intimamente ligados à divisão acima proposta. No primeiro grupo, o interesse recursal do MP é mais amplo, no sentido de que a sua intervenção não se dá em função de norma com destinatário individualmente especificado, o que permite o seu recurso em face de sentença ilegal e injusta; enquanto o seu interesse recursal, no segundo grupo, se limita às hipóteses de sentença ilegal ou, quanto ao direito material, àque-las hipóteses em que o destinatário individual da norma tem a decisão de mérito contrária aos seus interesses. Não é cabível recurso do MP, pouco importando que a sentença seja injusta, no caso de decisão de mérito favorável ao destinatário individual da norma que determina a intervenção do MP”¹⁵.

Em síntese, sustenta o Autor que, embora motivada a intervenção pelo interesse de incapaz, não fica o Ministério Público limitado a suprir suas eventuais

omissões processuais, nem fica impedido de opinar livremente, inclusive contra o incapaz. Não faria sentido, porém, que viesse a recorrer em favor da parte adversa. Se esta intervenção, de um lado pode levá-lo a opinar contra o incapaz, não pode, de outro, permitir que, através de recurso somente por ele interposto, continue o processo, defendendo interesse da outra parte, cuja qualidade não reclama a sua intervenção.¹⁶

Voltaremos ao tema, depois de analisar de modo compreensivo as duas espécies de intervenção.

Como fiscal da lei, o Ministério Público não exerce o direito de ação, pois não provoca o exercício da jurisdição nem formula pedido algum. Dizer que pede a aplicação da lei é formula imprecisa, porque, tecnicamente, pedido é o formulado pelo autor que, com ele, determina o objeto da sentença. Ora, o pedido que faça o Ministério Público, de aplicação da lei, em nada altera o objeto do processo.

Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público pode juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, II). Isso, porém, é mais autorização legal do que realidade processual, porque, via de regra, o Ministério Público nada sabe sobre os fatos que ocorreram fora processo, apenas conhecendo, como o juiz, das versões oferecidas pelas partes.

Usualmente, limita-se o Ministério Público a apresentar seu parecer, para o que tem vista dos autos depois das partes (CPC,

art. 83, I). Trata-se de um projeto de sentença, com valoração das alegações e provas produzidas e indicação do direito aplicável. É um exame do *thema decidendum*, que oferece ao juiz, da perspectiva dos interesses gerais da sociedade, como contraponto aos interesses essencialmente particularizados das partes.

Como fiscal da lei, o Ministério Público é um terceiro, mas legitimado a intervir no processo, com poderes exclusivamente processuais. Dentre eles, o mais importante é, sem dúvida, o de recorrer (CPC, art. 499, § 2º).

O Ministério Público não é um “agente do rei”. Verificando que o juiz deixou de aplicar a lei, não oferece representação ao Chefe do Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo. O que pode e deve é recorrer à superior instância. Sob esse aspecto, poder-se-ia dizer que o Ministério Público atua como instrumento de controle das instâncias inferiores. Mas ele é mais do que isso, porque, emitindo parecer também nos tribunais superiores, participa dos julgamentos, sem voto, mas com voz.

O fiscal da lei não é parte, nem é juiz, mas atua no processo, primeiro como se fosse parte e, depois, como se fosse juiz. São dois momentos distintos. Antes de encerrada a instrução, cabe ao Ministério Público requerer diligências e produzir provas. Encerrada a instrução, emite parecer.

Essa dupla face da atuação do Ministério Público nos permite afirmar que tanto estão certos os que afirmam a natureza una da intervenção do Ministério Pú-

12. João Francisco Moreira Viegas. Ministério Público; sua atuação no civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1990. V. 653, p. 257-9.

13. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 199.

14. Também José Fernando da Silva Lopes entende que “a intervenção do Ministério Público como *custos legis* ocorre sempre em função predominantemente do interesse Público”, informa o mesmo Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. *Op. cit.*

15. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 12-14.

16. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 12-14.

blico como fiscal da lei, quanto os que afirmam haver casos em que o Ministério Público intervém como assistente de uma das partes.

No momento de emitir parecer, o Ministério Público age como juiz. Nos demais momentos processuais, age como parte. Por isso, o Ministério Público pode emitir parecer contrário ao interesse do incapaz¹⁷, mas não tem legítimo interesse para recorrer em defesa de direito disponível da parte adversa.

Interesse público e qualidade da parte

Entende-se hoje que só o fato de figurar pessoa jurídica de direito público em um dos pólos da relação processual não implica necessária intervenção do Ministério Público em função da “qualidade da parte” (CPC, art. 82, III). É preciso que se faça presente o requisito do interesse público, como salientado na seguinte lição:

“Já Calmon de Passos pondera: ‘Nessa mesma linha de raciocínio, isto é, da inaceitabilidade da presença do Ministério Público em um feito apenas porque parte nele uma pessoa jurídica de direito público, também recusamos acerto à afirmativa de ser necessária sua intervenção em ação de execução fiscal, como em todo e qualquer feito cível em que seja autor, ré, interveniente, a União, o Estado, o Município ou suas enti-

dades descentralizadas’ (Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC, in Revista Forense, 268157).

Celso Agrícola Barbi, por seu turno, ao mesmo tempo em que acentua a dificuldade de conceituação do que seja interesse público, ministra: ‘Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais, habilitados a bem defendê-las em juízo’ (in Coments. ao CPC, Forense, I/380, Tomo II).

Os julgados já vêm agasalhando a tese ora defendida, reservando a intervenção do Ministério Público para aquelas hipóteses de ocorrência de interesse público substancial, como Lembra Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao referir decisões do egrégio Tribunal de Minas Gerais e do Excelso Pretório (CPC Anotado, Saraiva, p. 46/47, e vê-se de RTJ, 94/395, 94/899 e 96/266): ‘Ministério Público. Intervenção obrigatória. Art. 82, III, c/c. o art. 246 do CPC. Interesse público. A circunstância de a pessoa de direito público ser parte na lide não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada, no caso, a conotação de interesse público. Não se aplica o art. 82, III, do CPC à hipótese de execução por título extrajudicial contra a

Prefeitura Municipal. Recurso extraordinário conhecido, mas improvido’.

‘A circunstância de a pessoa de direito público ser parte na causa não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada a conotação de interesse público. Na espécie, o princípio do art. 82, III, do CPC não obriga a intervenção do Ministério Público pelo só aspecto de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública. Recurso extraordinário conhecido e provido’.

‘Intervenção do Ministério Público. Interesse público. Interpretação do art. 82, III, do CPC. O acórdão recorrido, ao entender que a mera execução por título extrajudicial, posto que ajuizada contra o Município, dispensava a intervenção do Ministério Público, porque, ausentes as exigências impostas pelo inc. III do art. 82 do CPC, deu-lhe interpretação mais do que razoável. Incidência da Súmula n. 400. Recurso extraordinário não conhecido.

A qualidade da parte, segundo Frederico Marques, como índice de interesse público emergente da lide, deve ser aferida tendo-se em vista o órgão ou pessoa que participe do processo como parte. Numa ação em que figura a União, o Município, ou outra pessoa jurídica de direito

público, a qualidade do litigante não é de molde a justificar a intervenção do *custos legis*. (Francisco de Paulo Xavier Neto)¹⁸”

Até em ações relativas à incidência de tributos tem sido negada a existência de interesse público a exigir a intervenção do Ministério Público, o que nos parece um exagero.

Decisão sobre a existência de interesse público

A intervenção do Ministério Público condiciona-se a uma dupla apreciação: do juiz, que determina sua intimação, e do próprio Ministério Público, com poderes para decidir, conclusivamente, não ser caso de intervenção. Inversamente, se é o Ministério Público que voluntariamente intervém, cabe ao juiz decidir sobre sua legitimidade:

“não bastará o agente entender que tem de intervir, para não ser obstado; ou não bastará o juiz determinar para que o agente tenha de submeter-se, ingressando no feito. Se o Ministério Público entender que deve intervir e o juiz (em regra o incidente é no primeiro grau) indeferir, o caso somente será solvido se houver recurso e, então, valerá o pronunciamento superior; em caso contrário, transitando em julgado a decisão, a intervenção não poderá ocorrer.” (Alcides de Mendonça Lima¹⁹).

17. A jurisprudência conforta a assertiva de que o Ministério Público pode emitir parecer contrário ao interesse da parte que motivou a sua intervenção, daí não decorrendo nulidade. São Paulo, Tribunal de Justiça, Décima Sexta Câmara Civil, Apelação Cível 217.787-2, Pereira Calças, relator, 8.2.94. JTJ – Volume 153 – Página 25; São Paulo, Tribunal de Justiça, 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 46.725-4/0, Boris Kauffmann, relator designado, 8.8.97, RT – Volume 748 – Fevereiro de 1998 – Ano 87.

18. Francisco de Paulo Xavier Neto. Intervenção do Ministério Público pela qualidade da parte. Porto Alegre, Ajuris, (38): 219-23, nov./86.

19. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 200.

Essa lição é particularmente válida para os casos de intervenção face à existência de “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”, porque, nos demais casos, a determinação legal não suscita dúvida maior. É importante afirmar-se o caráter vinculante e preclusivo do ato do Ministério Público que afirma não ser caso de intervenção sua no processo. De outra sorte, estar-se-á minando o processo com possível causa de nulidade, a ser detonada a qualquer momento, pelo próprio juiz, pela segunda instância, pelos tribunais superiores e por ação rescisória. Daí o acerto da “posição intermediária”, entre os extremos da facultatividade e da obrigatoriedade, a que se refere Alcides de Mendonça Lima:

“Em posição intermediária pode ser apresentada a conclusão, de lavra de Arruda Alvim Netto, a que chegou o 5º Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC, São Paulo, com o seguinte enunciado: O art. 82, II²⁰, é norma discricionária. O titular desse poder discricionário é o Ministério Público. Ao Poder Judiciário cabe, a nível da legalidade, controlar o exercício regular desse poder.

Por esta orientação, cabe ao órgão do Ministério Público resolver se deve, ou não, intervir no feito, mas o Poder Judiciário, em decisão final,

tem o direito de admitir, ou não, o ingresso; da mesma forma, não cabe a nenhum órgão do Poder Judiciário, por mais elevado que seja, impor a presença do agente do Ministério Público, mas, simplesmente, se assim entender indispensável, mandar intimá-lo, para, então, o membro agir como melhor lhe parecer, inclusive nada postulando.²¹”

Essa é uma observação que reputamos fundamental, para a determinação do regime jurídico da nulidade decorrente da falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

Momento a partir do qual se torna exigível a intervenção

Segundo Antônio Cláudio da Costa Machado, a intervenção do Ministério Público, nas causas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, somente se torna exigível a partir do momento em que se constata a existência desse interesse.²²

Admite, porém, que o Ministério Público, ao intervir, argua a nulidade do processo, porque prejudicada a defesa do interesse público, por não haver atuado nos atos anteriores.

A incongruência que daí resulta não passou despercebida ao Autor, que tratou de justificar-se:

20. Na verdade, a referência é ao inciso III que, à época, tinha a seguinte redação: “em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.” A Lei 9.415, de 23.12.96, alterou a redação desse inciso, substituindo-a pela atualmente em vigor: “nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

21. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 201.

22. Ibidem, p. 396.

“Se é verdade que a parte não pode ser prejudicada pelo fato de não ter sido acertado o interesse público, o que conduz ao postulado de que antes de tal acerto não é exigida a intervenção, não menos verdade é que sobre o interesse da parte está o interesse do Estado de que a relação controvertida seja perfeitamente definida em juízo. Mais importante nesse caso do que prevalecer o bem-estar processual da parte é prevalecer a verdade real e o direito regido por lei de ordem pública. Em outros termos, a regra é a não-exigibilidade da intervenção antes do acerto do interesse público e o não-decreto da nulidade de atos anteriores ao acerto se e quanto houver prejuízo da função fiscalizatória.”²³

Entendemos que o interesse público determinante da intervenção do Ministério Público está presente no processo, mesmo antes que se dêem conta as partes e o juiz. Ao determinar, tardiamente, a intimação do Ministério Público, o juiz pratica ato de saneamento do processo.

Concordamos, porém, em que compete ao Ministério Público arguir a nulidade, por falta de sua intervenção nos atos anteriores do processo. É que, assim como lhe cabe examinar a efetiva existência de interesse público a exigir sua intervenção, assim lhe cabe examinar se, da falta de sua participação em atos anteriores, resultou ou não prejuízo para o interesse que é chamado a defender.

23. Ibidem, p. 397.

Daí decorre importante conclusão: entendendo existir interesse público, que exija a intervenção do Ministério Público, não deve o tribunal pronunciar desde logo a nulidade, mas determinar sua intimação: se o Ministério Público não argui a nulidade, sana-se o vício, prosseguindo-se nos demais atos do processo.

Não deve o tribunal, precipitadamente, pronunciar a nulidade, por ser possível que o Ministério Público entenda não ser caso de intervenção sua no processo. Se a nulidade já houver sido pronunciada, ter-se-á criado um impasse porque, salvo recurso, o tribunal não poderá rever sua decisão: repetir-se-ão atos do processo para que nele intervenha quem não quer intervir.

Justifica-se a participação de um fiscal da lei?

É difícil situar, no processo, a atuação do Ministério Público como fiscal da lei. Na relação processual triangular – autor, juiz, réu – seria o Ministério Público o “quarto ângulo” do triângulo?

Mauro Pinto Marques critica essa “função interventiva fiscalizadora” do Ministério Público, afirmando ser necessário repensar a denominada “parte pública autônoma”. Como entender esta incumbência não acorde com a etiologia da instituição? Como entendê-la, se não regrada explicitamente, e parece que nem implicitamente, pela *lex maxima*? A disposição constitucional não coloca como função institucional do Ministério Público a de

“fiscal da lei”. Esta atribuição, prevista no Código de Processo Civil e em leis extravagantes, estaria compreendida na definição “defesa da ordem jurídica” do art. 127 da Constituição, ou caberia no amplo regaço do inciso IX do mesmo art. 129, ou, finalmente, estaria revogada por incompatível com o novo texto constitucional? “Defesa da ordem jurídica” não será exatamente “promover” (processar), tão-só, quem investir contra ela?

Prossegue o Articulista, falando da sobrecarga de atribuições do Ministério Público. Pergunta para que seria necessário um “parecer”, se o juiz conhece o Direito (*iura novit curia*). E conclui:

“Sendo a deformalização – não só dos instrumentos e procedimentos, mas de toda uma estrutura judicial – um fim a ser buscado, dispense-se o ‘parecer’, embora competente e interessado, do agente do Ministério Público, intervenção que não faz sentido. Não faz sentido também porque a notável instituição tem preocupações outras, mais urgentes e tão mais significativas, a exigir sua imprescindível presença como ‘parte’. A experiência, habilidade, competência, desassombro e idoneidade de seus membros precisam estar onde for necessário preencher vazios, porque o cidadão não pode.

Na feitura do ‘parecer’, na causa cível que já tem o tripé segundo a modelar teoria da ação, ele, Ministério Público, não é mais que um

auxiliar qualificado do Juiz (que não precisa, e, ao demais, significa uma atuação secundária para o Órgão Ministerial).²⁴”

De um ponto de vista estatístico, é desprezível a intervenção do Ministério Público na instrução do processo, pela simples razão de que desconhece os fatos vividos pelas partes. O que realmente prepondera, em sua atuação como fiscal da lei, é o parecer que oferece ao juiz como projeto de sentença.

Considerado apenas o valor *celeridade do processo*, apresenta-se o parecer do Ministério Público apenas como um ato a mais, eventualmente inútil, a retardar a entrega da prestação jurisdicional.

Considerado o valor *qualidade dos julgamentos*, o parecer do Ministério Público, acolhido ou não pelo juiz, aumenta o percentual de acertos, isto é, de decisões socialmente desejáveis. Inestimável a ajuda que pode prestar ao juiz o parecer de um órgão independente, sem interesse pessoal no resultado do processo. Um mau parecer não impede uma boa sentença, mas um bom parecer pode impedir uma sentença ruim.

Natureza da nulidade por falta de intervenção do fiscal da lei

Há doutrina e jurisprudência no sentido de que a falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, nos casos em que é exigida, acarreta nulidade absoluta e insanável.

Discordamos frontalmente. Entendemos, também com o apoio de jurisprudência, que a nulidade somente deve ser pronunciada se argüida pelo Ministério Público e se tiver ocorrido prejuízo para o interesse a que é chamado a defender. Assim, verificando o tribunal que o processo correu sem a intervenção do Ministério Público, deve determinar sua intimação e pronunciar a nulidade dos atos anteriores somente se argüida por ele, que é, a nosso ver, o único legitimado para tal.

O Superior Tribunal de Justiça julgou procedente ação rescisória, por falta de intervenção do Ministério Público em processo de interesse de incapaz, afirmando ocorrer, na hipótese, nulidade absoluta, que não se sana por sua intervenção no 2º grau de jurisdição, ainda que sem argüir a nulidade. Disse o Ministro Américo Luz (relator).

“Entendo que a norma do art. 82 do Código de Processo Civil é de natureza cogente, tornando, portanto, obrigatória a intervenção do M.P., como fiscal da lei, nas causas que arrola em seus incisos, sob pena de nulidade absoluta, e, como tal, impossível de ser sanada, nos expressos termos do parágrafo único do art. 246 desse diploma.

Nesse sentido direciona-se a melhor doutrina, conforme se vê das lições de Muniz de Aragão, em seus comentários ao texto processual referido (art. 246), ao dizer: ‘...é fácil verificar que o texto fulmina de nulidade absoluta, insanável, portanto, a falta de intervenção do Ministério

Público, porque e quando funciona na qualidade de fiscal da lei. Neste caso, é inaplicável qualquer princípio de sanação, incluído o que se lê no art. 249, § 2º, precisamente porque este pressupõe nulidade não-absoluta, isto é, que o interesse tutelado pela norma seja o daquele em cujo favor foi proferida a sentença. Ora, como o interesse público não perde nem vence causas, é impossível recorrer a esse preceito para aplicá-lo à nulidade absoluta, que é insanável. (...) Com isso fica demonstrado que nos casos de intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, seja qual for o rumo em que se oriente a sentença, haja ou não mais de um motivo para sua atuação, é impossível aplicar-se o disposto no art. 249, § 2º, pois não se configurará jamais a hipótese de o juiz poder decidir o mérito a favor do interesse público, impondo-se, sempre e inquestionavelmente, a declaração da nulidade, se em tais causas não houver funcionado o Ministério Público. O Ministério Público intervém a benefício do Direito e a ausência de sua intervenção gera nulidade absoluta.’ In Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, Vol. II, págs. 392/393/394).

De igual maneira orienta-se a jurisprudência predominante, conforme noticiam os julgados abaixo:

‘A intervenção do órgão do Ministério Público, quando funciona como fiscal da lei, sempre se faz em virtude do mesmo e único inte-

24. Mauro Pinto Marques. A custódia da lei. Porto Alegre, Ajuris (65): 279-84, nov. 95.

resse público. O seu papel é precisamente o de fiscalizar, por todos os meios ao seu alcance, interpondo-se como instrumento estatal da neutralização do seu poder dispositivo. Em tal posição se situa o Código de Processo Civil atual, do qual resulta que a ausência do MP, quando fiscal da lei, em casos nos quais deve intervir em nome do interesse público, gera nulidade absoluta insanável' (Ac. unân. 69 da 3ª Câmara do TJPR de 17-3-81, na AC 1.521, PRJ 1º/134).

'Tratando-se de hipótese em que a lei considera obrigatória a intervenção do Ministério Público, a pena cominada para a omissão é a de nulidade absoluta' (Ac. unân. da 4ª Câmara do TJSP de 30-06-83, na AC 33.828-1, RT 579/101).

'A falta de intimação do Ministério Público para intervir no processo, nos casos em que a lei considera obrigatória essa intervenção, torna o processo nulo, podendo o juiz declará-lo de ofício. É ao Ministério Público que cabe decidir, em cada causa, sobre a existência ou não de interesse público e, conseqüentemente, sobre se deve ou não intervir. A jurisprudência não admite que a omissão do Ministério Público em primeiro grau seja suprida pela manifestação de seu órgão na instância superior' (Ac. unân. da 9ª Câmara do 2º TACivSP de 31-8-83, nos embs. decls. 147.387, JTACivSP 85/407).

Assim, ao contrário do afirmado pela ré, muito embora sua tese

encontre respaldo em alguns julgados e mesmo na doutrina de Celso Agrícola Barbi in Comentários ao CPC, Vol. I. Tomo II), a manifestação do órgão em segunda instância não se mostra suficiente para sanar a irregularidade.

Também o Pretório Excelso teve oportunidade de manifestar-se sobre o tema, por ocasião do julgamento do RE nº 76.868-8, sufragando, à unanimidade, o entendimento expressado pelo relator, eminente Ministro Aldir Passarinho, resumido na ementa seguinte:

'Processual. Menores. Intervenção do Ministério Público. Indispensabilidade: art. 80, § 2º do Código de Processo Civil. Nulidade: art. 84 do mesmo Código. Havendo, no feito, interesse de menor, a intervenção do Ministério Público é indispensável, na conformidade do disposto no art. 80, § 2º do Código de Processo Civil, não sendo de considerar-se sanada a omissão se tal interveniência se faz apenas em segunda instância. A cominação é de nulidade, segundo o art. 84 do mesmo Código. Recurso extraordinário conhecido e provido.'

De ressaltar-se que, embora essa decisão tenha se apoiado no Código de Processo anterior, a mesma compreensão da matéria, atualmente, não encontra obstáculo no diploma vigente, em que os princípios são os mesmos.

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação, em ordem a anular o processo, para que o Ministério Público integre a relação processual, a partir de quando a sua manifestação se fazia necessária, ou seja, após a apresentação da contestação, nos termos do art. 83, I, e parágrafo único do art. 246 do CPC.²⁵

Em certa ação de indenização por acidente do trabalho, fundada no direito comum, tribunal paulista afirmou a nulidade absoluta do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, por haver interesse de menores, filhos da autora, embora não fossem partes no processo. A nulidade foi decretada a pedido da parte vencida!²⁶

Comentamos. Da morte acidentado decorreu, no caso, o direito de indenização da esposa e filhos. A hipótese não é de solidariedade nem de litisconsórcio necessário. Cada um dos lesados é titular de parcela do todo da indenização que, expressa em dinheiro, é perfeitamente divisível. Sobre o tema, diz Orlando Gomes:

"A lei abre uma exceção à regra geral de que o direito à indenização pertence unicamente a quem sofreu diretamente o dano. Quando a vítima falece, admite que a indenização seja pleiteada pelos que vivi-

am sob sua dependência econômica. De regra, a *legitimação ativa* limita-se aos herdeiros da vítima, mas a restrição é censurável.

Cumpra distinguir hipóteses quando ocorre o óbito da vítima. Primeiramente, a morte pode decorrer de outra causa que não o ato ilícito. Produzido o dano, sobrevém o falecimento da vítima antes de ter acionado o ofensor. Nesse caso, o direito de exigir a reparação transmite-se *mortis causa*. Mas a questão da *legitimidade ativa* excepcional não se apresenta nesses termos, surgindo na hipótese de consistir o dano na morte da vítima. A pretensão à indenização corresponde originariamente, nesse caso, aos que dependiam economicamente do finado. Trata-se de *pretensão independente*, atribuída aos prejudicados, ainda que não sejam herdeiros do falecido.²⁷

E diz Wilson Melo da Silva:

"A ação da reparação do dano é outorgada *iure proprio*, não se revestindo de caráter hereditário, nem alimentar, tanto que cabe exercê-la, na qualidade de sujeito ativo, não somente ao lesado, mas a todos os lesados, isto é, a todas as pessoas prejudicadas pelo ato danoso.²⁸

25. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção. Ação Rescisória nº 99-MG, Min. Américo Luz, relator, 29.5.90. RSTJ - Vol. 10 - Junho 1990 - Ano 2 - p. 17.

26. São Paulo, 2ª Tribunal de Alçada Civil, Apelação 489.058-00/0, Laerte Carramenha, relator, RT - Volume 747 - Janeiro de 1998 - Ano 87.

27. Orlando Gomes. Obrigações. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p. 345.

28. Wilson Melo da Silva. Da responsabilidade civil automobilística. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1988. p. 468.)

Esclarece José de Aguiar Dias:

“Um dano pode atingir várias pessoas. Cada uma tem, então, direito de exigir reparação do responsável, tome-se esta palavra no sentido estrito de pessoa a quem incumbe obrigação decorrente de ato ilícito, ou no amplo sentido de pessoa que suporta em definitivo um prejuízo. Embora possam, desde que ocorram as condições processuais, cumular as respectivas ações, cada qual terá uma indenização distinta. Explica-se: com a outorga de uma soma global, a repartição do *quantum* entre as vítimas, proporcionalmente ao dano experimentado, se tornaria impossível, além de outras dificuldades que naturalmente suscitaria, sem contar que cada um intenta sua ação por direito próprio, que não depende do procedimento judicial dos demais para prosperar. Não há, nessas hipóteses, solidariedade ativa.²⁹”

Assim, o direito da autora podia e devia ter sido reconhecido no que tange à sua parte, excluindo-se a dos filhos que, não sendo partes no processo, não seriam atingidos pela coisa julgada.

Raciocinou-se, porém, no acórdão, como se a hipótese fosse de solidariedade ativa. Embora pleiteando em nome próprio, seria a indenização a ela outorgada por inteiro. Somente nessa hipótese se poderia falar na existência de interesse de menores, embora não sendo partes.

A hipótese é diferente da ação movida por espólio que, não sendo pessoa jurídica, embora tenha personalidade judiciária, não é pessoa distinta da dos herdeiros, motivo por que, aí sim, poder-se-ia afirmar haver interesse de incapazes que não são partes em sentido formal.

Chama a atenção a circunstância de a nulidade haver sido argüida pela parte adversa, indício veemente de ocorrência de prejuízo para ela, não para os incapazes.

Necessidade de manifestação positiva do Ministério Público para a decretação da nulidade

Já observamos que, assim como cabe ao Ministério Público decidir a respeito da efetiva existência de interesse público a exigir sua intervenção, assim lhe cabe decidir se, da falta de sua participação em atos anteriores do processo, resultou ou não prejuízo para o interesse que legitima sua intervenção.

Assim, entendendo a parte que o feito exige a intervenção do Ministério Público, deve requerer sua intimação, cabendo ao juiz, em igual hipótese, determiná-la. Se o Ministério Público, intimado, embora intervindo, não argüi a nulidade, sana-se o vício.

Ao tratar das nulidades por falta de intervenção do Ministério Público, Antônio Cláudio Costa Machado começa por afirmar que a hipótese é de nulidade absoluta, por violação de norma cogente tuteladora de interesse público, inde-

pendendo sua decretação da verificação de prejuízo. Mas logo pergunta: como se explica a orientação liberal e de relativização de nossos tribunais em certas situações? Responde:

“Inicialmente, não podemos desconsiderar que o fato da ordem processual prever intervenções do Ministério Público visando escopos tão diferentes há de provocar obrigatórias mutações disciplinares em nível de nulidades. Realmente, uma coisa é a função de substituição processual do revel fictamente citado (art. 9º, II), outra é a de assistência ao incapaz (art. 82, I); uma coisa é a fiscalização fundada em situação não especificamente prevista (art. 82, III), outra é a fiscalização exercida nas hipóteses expressamente discriminadas pela lei (art. 82, II, e leis especiais).³⁰ As particularidades de cada uma dessas intervenções deverão de ser, necessariamente, levadas em conta para que se possa compreender como o sistema processual deve tratar a nulidade em relação a cada caso.”

Tratando especificamente da intervenção do Ministério Público fundada na existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (art. 82, III), sustenta que ela somente é exigida a partir do momento em que seja definido o interesse público no processo, por não ser justo que se penalize a parte com o decreto de nulidade e o retrocesso

procedimental só porque ela mesma não o percebeu.

Dessa premissa extrai a conclusão de que, intimado o Ministério Público apenas na segunda instância, cabe-lhe argüir ou não a nulidade, conforme entenda que houve ou não prejuízo para o interesse público³⁰.

Parece-nos de duvidosa juridicidade a assertiva de que a intervenção do Ministério Público somente se torne exigível a partir do momento em que as partes ou o juiz percebem a existência de interesse público. Isso implica dispensar sua intervenção por motivo de ignorância ou desatenção das partes e do juiz.

Chegamos ao mesmo resultado, mas por caminho diverso.

Em primeiro lugar, repudiamos a lição de Galeno Lacerda, no sentido de que a violação de norma cogente, tuteladora de interesse público, implique nulidade insanável, independentemente da verificação da prejuízo. O princípio da sanção se aplica mesmo nessa hipótese, não devendo a nulidade ser pronunciada se não resultou prejuízo para a finalidade do processo.

Em segundo lugar, assim como pode o Ministério Público recusar-se a intervir no processo, se entender inexistente interesse público que exija sua intervenção, assim pode o menos, que é verificar se de sua ausência, nos atos anteriores do processo, resultou ou não prejuízo para o interesse público que é chamado a defender.

29. José de Aguiar Dias. Da responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. V. II, p. 926.

30. Ibidem, p. 590-2

Por isso, entendendo o juiz ser caso de intervenção do Ministério Público, não deve desde logo pronunciar a nulidade. Deve determinar sua intimação e decretá-la somente se argüida pelo Ministério Público, na primeira oportunidade em que fale nos autos e se da falta de sua intervenção resultou prejuízo.

Embora seja nova a idéia de que somente o Ministério Público tem legitimidade para argüir a nulidade por falta de sua intervenção, não faltam acórdãos sustentando que ela precisa ser por ele alegada, suposto que devidamente intimado.

Menor, assistida por sua mãe, interpôs apelação, argüindo a preliminar de nulidade, por falta de intimação do Ministério Público para a audiência de instrução e julgamento. O Tribunal rejeitou a preliminar, por não haver a nulidade sido argüida pelo Ministério Público:

“embora obrigatória a intervenção do Ministério Público, em 1º grau, a teor do art. 82, I, do CPC, estimo que o descumprimento de tal norma, no caso, não gere a nulidade cominada do art. 246.

É que, ao intervir no processo, às fls. 40/41, o agente do Ministério Público não requereu a anulação do processo.

Ora, a norma do art. 82, I, tutela interesses particulares, e, portanto, a despeito de cominado o vício (art. 246), a nulidade é relativa (v. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior,

“Comentários”, nº 92.6, pp. 449/459, Porto Alegre, 1985).

Por conseguinte, deverá ser alegada pela parte – e ao Ministério Público, reza o art. 81 do CPC, tocam os ônus das partes – na primeira oportunidade (art. 245, caput), importando a inércia preclusão para ela (Dall’Agnol Júnior, ob. cit., nº 91.2, p. 439). Rejeito a preliminar de nulidade³¹.

Em ação de cobrança envolvendo empresa em liquidação extrajudicial, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a preliminar de nulidade, por falta de intervenção do Ministério Público, por não haver sido por ele alegada, demonstrando, assim, inexistir prejuízo:

“Revelam os autos que a liquidação extrajudicial da recorrente somente foi noticiada por ocasião da apelação, e nela, também, requerida a intervenção da Curadoria de Liquidações.

Cabe ressaltar que, intimado, manifestou-se o Ministério Público, porém, naquela oportunidade, não argüiu nenhuma nulidade e nem alegou qualquer prejuízo (fl. 124).

Assim, não tenho como válida a assertiva no parecer da douta Procuradoria da Justiça Estadual sobre a nulidade do processo força do artigo 246, § único, do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que se afirma, inexistiu ofensa ao dispositivo de lei invocado. Isso porque a não intervenção do Ministério Público na primeira instância além de nenhum prejuízo acarretar à recorrente, este, em verdade, interveio nos autos nada requerendo. O Acórdão recorrido decidiu corretamente a controvérsia, ao rejeitar essa preliminar, conforme preceitua o art. 249, § 1º, da lei processual civil.³²”

Ao analisar a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público em processo de interesse de incapaz, Antônio Cláudio da Costa Machado assim se pronuncia:

“Quanto a nós, temos nos convencido de que o melhor posicionamento é o que sustenta a viabilidade da sanção do vício pela ratificação manifestada pelo Ministério Público de primeiro ou de segundo grau na hipótese deste considerar ausente o prejuízo para o incapaz. Ora, se a função de assistência visa ao prevalecimento do interesse do autor ou réu hipossuficiente e a sentença proferida atende integralmente a esse interesse, ainda que para tal não haja contribuído o *parquet*, não há motivo que justifique a anulação. Muito mais relevante para o Estado e a sociedade é o reconhecimento do interesse do incapaz, que é

indisponível, do que a estrita observância do meio para se chegar a esse fim. A anulação neste caso, e a bem da verdade, só teria o condão de prejudicar o assistido. Por tais motivos é que entendemos aplicável à intervenção da curadoria de incapazes a regra contida no § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade nele consagrado, uma vez que em tais situações o sucesso da parte é sinônimo do sucesso da defesa espontânea do incapaz e, conseqüentemente, do interesse que o inc. I do art. 82 quis resguardar. Pelo contrário, se na causa houver sucumbência parcial do hipossuficiente, caberá ao órgão do *parquet* analisar com cuidado todas as nuances do processo para, então, concluir se é mais vantajoso pedir a anulação (percebida a possibilidade de melhor sorte na demanda com o retrocesso e a atividade ministerial coadjuvante) ou ratificar todos os atos do incapaz (se percebida a adequação da sentença aos fatos provados com eficiência nos autos).³³”

Em síntese: verificando ser caso de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, deve o juiz determinar sua intimação, somente pronunciando a nulidade dos atos anteriores do processo se por ele argüida, na primeira oportunidade em que falar nos autos, e se da falta houver resultado prejuízo.

31. Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 59709/1990, Araken de Assis, relator, 7.8.97. RJTJRGs – Vol. 184 – Outubro de 1997 – Ano XXXII – p. 351.

32. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial 2.048, Ministro Waldemar Zveiter, relator, 27.3.90. RSTJ – Vol. 09 – Maio 1990 – Ano 2 – p. 409.

33. *Ibidem*, p. 594.

Suponha-se que não tenha havido a intervenção do Ministério Público no primeiro grau de jurisdição e que, na apelação, a parte ou o tribunal, de ofício, suscite, com tal fundamento, a nulidade do processo.

"Aqui", diz Antônio Machado, "duas questões ligadas intimamente uma à outra se colocam: é lícito ao tribunal decretar a nulidade de todo o processado em primeira instância? Duas, é possível o suprimento da falta de intervenção em primeira instância pela manifestação do órgão ministerial que funciona em segunda instância? À primeira indagação respondemos que depende. Como visto, de conformidade com o posicionamento que adotamos, se não houve discussão em primeiro grau sobre o accertamento do interesse público, não pode a parte ser penalizada com o decreto da nulidade a não ser que tenha havido evidente prejuízo para a função fiscalizatória. Em decorrência disso, cremos que a melhor solução é esta: sem manifestação e pedido expresso do órgão ministerial de segunda instância não pode o tribunal anular o processado em primeiro grau; se a anulação tem em vista proporcionar ao Ministério Público oportunidade de atuar e o próprio órgão oficiante dispensa tal oportunidade (o que faria pedindo a nulidade), não há motivo que autorize o Judiciário a resguardar o que o *parquet* já desprezou. À segunda in-

dagação, respondemos seguramente que sim, e mais uma vez nos valemos da doutrina a que temos dado apoio. Se não há exigibilidade da intervenção antes do accertamento do interesse público e este só ocorre em segunda instância, é claro que a intimação do Procurador da Justiça é suficiente para a validade do processo. Entendendo este órgão, no entanto, que a função fiscalizatória foi comprometida pela não-atuação do órgão inferior, fica-lhe aberta a oportunidade de requerer a anulação com base na ocorrência de prejuízo. Sem apresentar exatamente a doutrina que temos exposto, a jurisprudência vem admitindo a tese do suprimento³⁴."

Concordamos com essas conclusões do Autor, a partir de uma premissa que, a nosso ver, as explica com maior simplicidade e exatidão: somente o Ministério Público tem legitimidade para alegar a nulidade do processo por falta de sua intervenção. A parte pode apenas provocar seu pronunciamento. Se o Ministério Público não se manifesta positivamente no sentido da nulidade, ocorre preclusão.

É claro que, para que se fale em preclusão, é preciso que se intime o Ministério Público. Se o Procurador de Justiça, tendo vista dos autos, não argui a nulidade, sanou-se o vício.

Em outras palavras, a decretação da nulidade depende de alegação do Ministério Público e da existência de prejuízo. Em

muitos casos, a existência de prejuízo há de se presumir pelo só fato da arguição da nulidade, por não se saber qual seria o resultado do processo, se produzidas as alegações e provas ausentes por falta de sua tempestiva intimação.

Em conclusão: só o Ministério Público, devidamente intimado, pode arguir a nulidade do processo por falta de sua participação como fiscal da lei. É uma idéia que surge como projeção natural da doutrina e da jurisprudência acima consideradas.

Cabendo ao Ministério Público decisão sobre a existência de interesse público e sobre a existência de prejuízo, às partes não é dado mais do que requerer e, ao juiz, determinar sua intimação.

Claro, não se pode impedir a parte de interpor recurso, arguindo a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público. Trata-se de direito assegurado pela legislação processual. Mas a decretação da nulidade há de depender de manifestação positiva do Ministério Público. Em outras palavras, o que pode a parte é provocar a manifestação do Ministério Público, inclusive por via de recurso.

O mesmo raciocínio há de se fazer no caso de rescisória proposta com tal fundamento.

Essa é a tese que oferecemos à consideração dos doutos, contrariando, assim, a jurisprudência, que nem sempre tem exigido prévia e positiva manifestação do Mi-

nistério Público para a decretação da nulidade³⁵.

Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decretou a nulidade de um processo: a) porque não citada a mulher do réu, não obstante se tratasse de ação real; b) por haver notícia nos autos de que havia menores co-proprietários do imóvel, havendo, pois, interesse indireto dos mesmos, a exigir a intervenção do Ministério Público.

"o recorrente era o proprietário do imóvel. Deixou de pagar as prestações do financiamento. O agente financeiro executou a hipoteca com base no Decreto-lei n. 70/66 e, posteriormente, alienou o bem ao recorrido, que, de posse do título de propriedade, ajuizou a ação reivindicatória.

Em se tratando de ação real, lastreada no direito de propriedade, forma-se litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, pelo que deveria o recorrido ter requerido a citação da atual mulher do recorrente, com a qual está casado desde 1990; antes, portanto, do ajuizamento da ação.

A questão é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na ação real, tem-se por indispensável a citação dos cônjuges.

.....

Não bastasse isso, tenho que efetivamente existe interesse de me-

34. Ibidem, p. 399.

35. Sem ouvir o Ministério Público pode-se rejeitar a arguição de nulidade, por ausência de prejuízo, como no caso de sentença totalmente favorável ao menor.

nores a demandar a intervenção obrigatória do Ministério Público, nos termos do art. 82, I, do Código de Processo Civil.

Consta dos autos que o recorrente foi casado com Isanilde Cruz de Oliveira e dessa união nasceram três filhos, ainda menores. Por ocasião do divórcio do casal, a divorciada renunciou em favor dos filhos os direitos que tinha sobre o imóvel objeto dos autos. Assim, os filhos passaram a ser também senhores do apartamento. Desta forma, a ação reivindicatória influirá no direito daqueles, que ficariam privados da posse do bem em caso de procedência da pretensão do autor.

Ocorrendo, destarte, interesse de menores, ainda que indiretamente, é dever do órgão do "Parquet" intervir para apurar a regularidade na aplicação da lei. A respeito da participação do Ministério Público, em decorrência de interesse indireto de menores, decidiu esta Turma, no REsp n. 32.439/SP (DJ 25.03.96), em acórdão assim ementado:

"II – A mãe, ao sustentar a nulidade da venda realizada pelo pai, de imóveis de propriedade do casal, pretendendo que o patrimônio se reincorporasse ao acervo da família, buscou preservar, mesmo que por via difusa, as legítimas dos filhos menores que estariam prejudicadas com as alienações. Daí o interesse de inca-

pazes a provocar a intervenção do Ministério Público".

Reputo, portanto, malferidos os arts. 10, parágrafo único, I e 82, I do Código de Processo Civil, prejudicada a análise das demais insurgências.³⁶

Comentamos. Se os menores eram realmente co-proprietários do imóvel reivindicado, haveria nulidade, não por falta de intervenção do Ministério Público, mas por não haver a ação sido proposta também contra eles, na condição de litisconsortes passivos necessários. Como, todavia, falasse no acórdão em interesse apenas indireto dos menores, deve-se crer que, por falta do devido registro, tivessem eles apenas direito pessoal sobre o apartamento.

Seja como for, o certo é que se decretou a nulidade do processo, não apenas por falta de citação da mulher do réu, mas também por falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, sem sua audiência prévia, a nosso ver indispensável.

Atendida essa condição, entendemos que caberia a decretação da nulidade, mesmo na instância especial, porque se trata de vício que autoriza a propositura de ação rescisória, o que exclui a possibilidade de preclusão, por não haver o Ministério Público se manifestado, na instância ordinária, no sentido de sua decretação.

Nulidade e prejuízo

A nosso ver, ressentem-se de bom senso a assertiva de que a nulidade do proces-

so, por falta de intervenção do Ministério Público, deve ser decretada ainda que alcançada a finalidade do processo, isto é, ainda que da falta não haja resultado prejuízo.

Se o processo atingiu o resultado justo, a repetição dos atos já praticados será inútil, se vier a se chegar ao mesmo resultado; lamentável, se dela decorrer outro resultado, ou seja, um resultado injusto.

Felizmente, a exigência de prejuízo é freqüentemente exigida pelos tribunais, como requisito para a decretação da nulidade. Assim, por exemplo, decidiu-se que, podendo decidir-se no mérito a favor do interesse do incapaz, não se decreta a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público no processo³⁷.

A existência de prejuízo é exigida por Antônio Cândido da Costa Machado também no caso de intervenção fundada no inciso II do art. 82 (causas concernentes ao interesse da pessoa, etc.). Justifica:

"se é responsabilidade exclusiva do Ministério Público a defesa do interesse indisponível e ele próprio reconhece que nada precisa ser feito em complemento para que o escopo da função fiscalizatória seja alcançado (a exata aplicação da lei) porque este foi alcançado mesmo sem sua presença, é evidente que nada adiantaria o tribunal anular o processo. De fato, seria inócuo o decreto de nulidade, até porque poderia o

órgão ministerial pura e simplesmente cruzar seus braços, sem que contra tal atitude pudesse o Judiciário tomar qualquer providência. Vê-se, portanto, que mais uma vez não é possível, sob pena de aceitarem-se como admissíveis grandes dispêndios de tempo e energia, desconsiderar o fenômeno do prejuízo para resolver os problemas que o tema das nulidades sugere neste caso.³⁸

Cumprido, todavia, reconhecer que, na maioria dos casos em que a intervenção do Ministério Público é determinada por interesse impessoal, a nulidade terá de ser decretada, face à impossibilidade de se constatar a ausência de prejuízo.

Intimação – efetiva atuação – parecer

Não pode haver nenhuma dúvida quanto à necessidade de intimação do Ministério Público, nos casos em que obrigatória sua intervenção, sob pena de nulidade (CPC, art. 84).

O que se exige é a intimação; não sua efetiva atuação. Nada impede, assim, a realização da audiência, ausente o Ministério Público, desde que devidamente intimado.

Assim, por exemplo, já se decidiu que a ausência do Ministério Público à audiência de conciliação não gera nulidade, desde que intimado para a solenidade, sendo válido o acordo celebrado pelas partes, por não comprovado vício de consentimento. O que

36. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial n. 73.975 – PE, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator, 24.11.97. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, v. 106, p. 142.

37. Porto Alegre, Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível 195072574, Vicente Barrôco de Vasconcellos, relator, 30.8.95.

38. Ibidem, p. 592

se exige é a intimação do Ministério Público, não sua atuação efetiva³⁹.

Outra questão é se o juiz ou tribunal pode proferir sentença, independentemente de parecer do Ministério Público, uma vez decorrido o prazo previsto em lei.

O problema diz respeito, em parte, à natureza desse prazo, se preclusivo ou ordinatório.

Demonstramos, acima, que, nos casos em que o Ministério Público atua no processo em função da incapacidade de uma das partes, sua atuação apresenta-se com dupla face: age como parte, ao requerer diligências, produzir provas e recorrer; age como juiz, ao emitir seu parecer.

Daí decorre que, mesmo para o Ministério Público, são preclusivos os prazos para requerer diligências e provas, bem como para recorrer. É, porém, ordinatório, o prazo para emitir parecer.

Daí se poderia concluir que o juiz não pode sentenciar sem que o Ministério Público haja antes lançado nos autos seu parecer. Trata-se, porém, de conclusão que vai além das premissas. Da circunstância de tratar-se de prazo impróprio apenas decorre logicamente que o Ministério Público pode oferecer o seu parecer, ainda que posteriormente ao prazo previsto em lei. Não se impede, porém, que o juiz cumpra o seu ofício, requisitando os autos e lançando sua sentença, independentemente de pronunciamento do Ministério Público. O exercício da jurisdição não pode ser obstado por omissão objetivamente ilegal (ainda que sem

culpa do omissor). Não parece razoável sacrificar-se o direito das partes, já prejudicadas pela demora natural dos processos, com a introdução de novas hipóteses de paralisação, não previstas em lei.

No acórdão abaixo transcrito, o Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo negou provimento ao recurso do Ministério Público, não obstante parecer ministerial pelo provimento. Ocorreu que o Ministério Público, intimado, não ofereceu parecer no prazo legal. O juiz proferiu sentença, dispensando o parecer, afirmando preclusão. O Ministério Público recorreu, afirmando não caber falar-se em preclusão para a manifestação do Ministério Público, por funcionar no feito, não como parte, mas como *custos legis*, não devendo arcar com os mesmos ônus das partes. O Tribunal afirmou que apenas a falta de intimação é que enseja a nulidade; não a falta de sua efetivação manifestação. Ademais, da falta não resultou prejuízo.

“Entendeu o sentenciante que, diante do silêncio, ficou precluso o direito de participação do MP na demanda, o qual, de sua vez, justificando a ausência de manifestação com o acúmulo de serviços, bate-se pela indispensabilidade da sua intervenção.

Nesta esfera, a ilustre representante ministerial esgrime com as disposições cogentes contidas nos arts. 82, inc. I, 84, 145, V, 244 e 246, par. ún., do CPC, para prestigiar a insurgência recursal.

Apela o órgão do Ministério Público alegando que houve nulidade do *decisum*, uma vez que a lei prevê a sua intervenção nas causas em que há interesses de incapazes (art. 82, inc. I, do CPC).

Não há que se falar na preclusão para a manifestação do MP, posto que, no caso em tela, o mesmo não funciona como parte, e sim como *custos legis*, ou seja, não deve arcar com os mesmos ônus das partes.

Como se não bastasse, a própria lei estabelece que o processo é nulo quando não há intervenção do MP onde este devia intervir (arts. 84 e 246 do CPC).

A demora do ilustre Promotor de Justiça em devolver os autos não pode trazer prejuízo para a parte.

Diante do acima exposto, seria imperativa a decretação de nulidade da r. sentença de f.

Porém, não dever-se-á pronunciar tal nulidade diante dos princípios da utilidade e da ausência de prejuízo.

Aliás, ao anotar o art. 84, os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, na p. 334 do seu já festejado Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor, Ed. RT, acentuam que: ‘... 3. Nulidade. A falta de intervenção do MP nas causas de interesse público enseja a nulidade do processo, alcançando todos

os atos praticados a partir de quando era devida a intervenção. A nulidade só é decretada se a falta de intervenção do MP trouxe prejuízo ao interesse público, o que deve ser avaliado caso a caso...’ (sic).

Em seguida, na mesma página, ao colacionar pronunciamentos jurisprudenciais, o casal de juristas traz os seguintes:

‘... Falta de intimação do MP. O que enseja nulidade é a falta de intimação do MP e não a falta de efetiva manifestação deste (STJ-RP 70/272). No mesmo sentido: Fabrício, Coment., n. 471, p. 411’.

‘... Falta de manifestação. Tendo havido intimação e comparecimento do representante do MP à audiência, ainda que sem emitir pronunciamento, elidida eventual nulidade do processo (RSTJ 50/148)’.

Ainda, já na página seguinte de mesma obra, trazem os seguintes entendimentos:

‘... Prejuízo. Não se decreta a nulidade do processo por não intervenção do MP, se não houver prejuízo (CPC, 249). Nesse sentido: RJTJSP 118/213, 103/377, 98/195...’ (sic).

Ora, *in casu*, um representante do *Parquet* já havia participado da audiência (f.) e fora regularmente intimado ao depoimento (f.).

Ainda que plenamente justificáveis os argumentos expendidos às f., nenhum prejuízo adveio para o in-

39. Porto Alegre, Tribunal de Justiça, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 596046573, Des. Paulo Heerd, relator, 28.8.96. RJTJRGs - Vol. 180 - Fevereiro de 1997 - Ano XXXII - p. 347.

capaz em decorrência da falta de manifestação ministerial.

É que, ainda que tivesse havido a manifestação do MP, esta não iria modificar em nada a r. sentença de f., uma vez que restaram provadas nos autos tanto a litispendência como as ilegitimidades ativa e passiva com as quais deveria o processo ser extinto sem julgamento de mérito (art. 267, incs. V e VI, da Lei dos Ritos), como o foi.

Do exposto, conhece-se e nega-se provimento ao apelo.⁴⁰

Registre-se, porém, que, em sentido contrário, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, em embargos de divergência, estatuinto que, em mandado de segurança, não basta a intimação do Ministério Público, sendo indispensável sua manifestação efetiva, sob pena de nulidade da sentença que venha a ser proferida:

“Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal ao acórdão de fls. 53, que decidiu na consonância da seguinte ementa: “Processual – Mandado de Segurança – Ministério Público – Prazo para pronunciamento. Se houve intimação, não existe nulidade e o Ministério Público não pode falar nos autos após vencido o prazo a ele conferido pelo Código de Processo Civil ou pela Lei nº 1.533/51. Recurso improvido”.

O embargante indica como divergente o REsp nº 9.211-AM, jul-

gado pela Egrégia 2ª Turma, cuja ementa está consubstanciada nestes termos: ‘Processual Civil – Pronunciamento do Ministério Público no processo de mandado de segurança – Indispensabilidade – Art. 10 da Lei nº 1.533/51. Conclusão que se impõe, tendo em vista que, nas circunstâncias apontadas, exerce o referido órgão magistratura independente e imparcial, cuja ausência acarreta do processo. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido’.

VOTO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): No mérito, consiste a questão em saber, à vista do artigo 10 da Lei nº 1.533, de 1951, se, em mandado de segurança, basta a intimação do Ministério Público para manifestar-se no prazo de cinco dias ou se é indispensável a sua efetiva manifestação. Dispõe o referido dispositivo:

‘Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º, e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora’.

Consoante se verifica, o texto diz ‘ouvido o representante do Mi-

nistério Público dentro em cinco dias’ figura-se-me que a palavra “ouvido” na citada expressão tem o sentido de exigência de que haja explícita manifestação do *parquet*, no exercício da sua missão de *custos legis*. Tal orientação é a que mais se harmoniza com a razão da sua intervenção em tal caso. Com efeito, a falta de intervenção do Ministério Público, quando a lei a considera obrigatória, não enseja apenas preclusão, mas a nulidade do próprio processo. É o que se deduz do art. 84 do CPC nestes termos: ‘Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo’. A propósito, bem salientou o ilustre Ministro José de Jesus Filho, no voto que proferiu no Recurso Especial nº 9.268-AM, julgado pela 2ª Turma em 05.08.91, que, se o Ministério Público não atuar no prazo previsto em lei, deve o interessado representar contra o seu membro omissor perante o seu superior, mas jamais decidir sem a sua manifestação. Se o fizer, nula é a sentença. (...). Isto posto e à vista dos precedentes, conheço dos embargos e os recebo.

VOTO

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Sr. Presidente. Quando manifestei-me, na Turma, a respeito da matéria, o fiz baseado em alguns princípios. O mandado de segurança é uma ação de natureza constitucional contra ato de autoridade. Logo, há

interesse público nessa decisão e a intervenção do Ministério Público me parece obrigatória em todas as causas em que há interesse público. O art. 82 do Código de Processo Civil é claro. Perguntar-se-ia se esse prazo que consta do art. 10 da Lei nº 1.533, seria de natureza peremptória ou dilatória. Essa seria a questão a decidir. O próprio Código de Processo Civil estabelece que, nas causas em que há interesse público, evidenciada pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, como nos mandados de segurança, quando o órgão do Ministério Público não exerce as suas funções por dolo ou fraude ou não justifica o seu ato, será ele responsabilizado nos termos do art. 85. Por esta razão entendi, como entendi o Ministro Pádua Ribeiro e os demais integrantes da nossa Turma, que esse prazo não pode ser considerado de natureza peremptória e sim de natureza dilatória, porque o Ministério Público não sendo parte, apenas nele oficiando como *custos legis*, deve emitir o seu parecer nos autos, sob pena de nulidade, como temos afirmado. Ora, se há um dispositivo legal que o responsabiliza civilmente, quer me parecer que cabe ao Juiz, ou à parte, remeter ao órgão hierárquico do Ministério Público uma representação no sentido de promover essa responsabilidade. (...). Assim peço vênha aos que pensam em contrário, para acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

VOTO (vencido)

40. São Paulo, Primeiro Tribunal de Alçada Civil, 7ª Câmara Especial de Julho de 1996, Apelação Cível 682.825-1, Carlos Renato de Azevedo Ferreira, relator, 3.9.96, RT – Volume 740 – Junho de 1997 – Ano 86.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: (...). Com os mesmos argumentos aqui usados pelo ilustre e digno Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, chegaríamos à conclusão de que o Ministério Público também não está sujeito a prazo para recorrer, para se manifestar nos autos, e, ainda, poderíamos chegar a uma conclusão muito mais grave: em qualquer ação o Ministério Público também não estaria sujeito a prazo para recorrer e para contestar. Então, ele pairaria acima de tudo e não estaria sujeito a prazo nenhum. Isso, evidentemente, no mandado de segurança. O que iria acontecer? Quebraria a espinha dorsal do mandado de segurança, que é a celeridade, porque sabemos que existe, no Ministério Público, representantes trabalhadores, dedicados, como o Dr. José Arnaldo da Fonseca. Posso dar esse testemunho porque quando eu era Juiz do Primeiro Grau trabalhamos juntos durante mais de uma década. Ele sempre procurou cumprir o seu dever, mas ele sabe muito bem que têm representantes do Ministério Público que não são assim, que ficam anos e anos com um mandado de segurança. Como vamos justificar isso? Por isso Sr. Presidente, peço vênica para continuar no mesmo ponto de vista que venho sustentando na Primeira Turma, e

que, aliás, foi vencedor. (...). Sr. Presidente, peço vênica para divergir do Eminentíssimo Ministro-Relator e daqueles que pensam como S. Exa. Rejeito os embargos.⁴¹”

O Superior Tribunal de Justiça reiterou esse entendimento no Recurso Especial 15.001-9⁴².

Ainda que se acolha a tese da indispensabilidade do parecer do Ministério Público, cabe sustentar-se que o oferecimento de parecer, na segunda instância, sana sua falta no primeiro grau. É o que decorre do princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público. É exigência, também, da tese acima sustentada, no sentido de que a nulidade somente deve ser decretada se argüida pelo Ministério Público. Se o órgão ministerial do segundo grau entende que não houve prejuízo e, por isso mesmo, não argüi a nulidade, oferecendo parecer de mérito, atentaria contra o princípio da instrumentalidade a decretação da nulidade, para colher-se o parecer do Ministério Público de 1º grau, como se fossem órgãos de duas instituições diferentes.

Principais conclusões

São as seguintes as principais conclusões do presente estudo:

1. Como fiscal da lei, o Ministério Público atua sempre em defesa do interesse público.

41. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 9.279, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Relator, 3.12.91. RSTJ – Vol. 29 – Janeiro 1992 – Ano 4 – p. 434).

42. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 15.002-9, Min. Peçanha Martins, Relator, 14.9.93.)

2. Ao requerer diligências e provas, o Ministério Público age como se fosse parte; ao emitir parecer, atua como se juiz.

3. Por isso, são preclusivos os prazos para requerer diligências e provas, mas é ordinatório o prazo para a emissão de parecer.

4. Entendendo ser caso de intervenção do Ministério Público, não deve o tribunal pronunciar desde logo a nulidade, mas apenas determinar sua intimação.

5. A nulidade dos atos anteriores do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, somente deve ser pronunciada se por ele argüida na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de preclusão.

6. Somente o Ministério Público tem legitimidade para argüir nulidade por falta de sua intervenção no processo, porque, assim como lhe cabe decidir sobre a efetiva existência de interesse público, assim lhe cabe examinar se da falta decorreu ou não prejuízo para os altos interesses a que é chamado a defender.

Bibliografia

- ARAGÃO, Egas Muniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. II.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 1, t. 1 e II.
- CAMARGO, Cláudio Lima Bueno de. Da curadoria especial nas execuções (súmula n. 196 do STJ). *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, v. 111, p. 9).
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo, RT, 1979.

DALLAGNOL JR. Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, Le Jur, 1985. v. III.

DALLAGNOL JR. Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre, Le Jur, 1989.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1993.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Ministério Público e suas atribuições no processo civil. Justitia*. São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça, 1993. V. 161, p. 29-39.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre, La Salle, 1953.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1992.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1989.

MALACHINI, Edson Ribas. *Nulidades no processo civil. Revista dos Tribunais*, São Paulo, (545) mar. 1981. 25-34.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1974, v. I; 1975. v. III.

MARQUES, Mauro Pinto. A custódia da lei. *Porto Alegre, Ajuris* (65): 279-84, nov. 95.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Saneamento do processo*. Porto Alegre, Fabris, 1989. p. 131-9

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. III
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. t. XI.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed., São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1º.
- SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 30, p. 38-59.
- VIEGAS, João Francisco Moreira. Ministério Público; sua atuação no cível. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1990. V. 653, p. 257-9.
- XAVIER NETO, Francisco de Paulo. Intervenção do Ministério Público pela qualidade de parte. *Porto Alegre, Ajuris*, (38): 219-23, nov./86.
- WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. 7. ed., São Paulo, RT, 1987.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo, RT, 1997.

Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil*

Luis Afonso Heck

Prof. na UFRGS

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Direitos fundamentais e direitos humanos.
3. O direito civil alemão diante do âmbito internacional.
4. A enformação do direito civil alemão pelos direitos fundamentais.
 - 4.1 A vinculação dos direitos fundamentais.
 - 4.2 Tarefa e função dos direitos fundamentais.
 - 4.2.1 As várias camadas dos direitos fundamentais.
 - 4.2.2 Direitos fundamentais como direitos individuais de defesa.
 - 4.2.3 Direitos fundamentais como princípios objetivos.
 - 4.3 Efeito diante de terceiros de direitos fundamentais.
 - 4.3.1 Efeito diante de terceiros direto.
 - 4.4 Dever de proteção do Estado.
 - 4.5 Decisões correspondentes do Tribunal Constitucional Federal.
 - 4.5.1 Contratos de fiança.
 - 4.5.1.1 A questão.
 - 4.5.1.2 A posição.
 - 4.5.1.3 O caso concreto.
 - 4.5.1.3.1 O primeiro recurso constitucional.
 - 4.5.1.3.2 O segundo recurso constitucional.
 - 4.5.1.4 A posição do Tribunal Constitucional Federal.
 - 4.5.2 Direito de posse do locatário.
 - 4.5.2.1 O caso concreto.
 - 4.5.2.2 A posição do Tribunal Constitucional Federal.
5. Conclusão.

RESUMO

O artigo procura trabalhar a influência dos direitos fundamentais no direito civil. Para tanto, faz primeiro uma diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Depois, situa sua influência na *civil law*, mais especificamente na Alemanha, onde destaca elementos importantes para essa compreensão e analisa decisões do Tribunal Constitucional Federal pertinentes. Por fim, segue uma conclusão.

1. Introdução

A influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil não é uma coisa evidente em si mesma. Sua exposição requer, portanto, primeiro uma diferenciação terminológica, de cujo resultado já se obterá uma orientação para o desenvolvimento desta exposição. Com isso, depois, essa influência será situada no

Palestra apresentada no evento das Jornadas Preparatórias do XVII Congresso Argentino de Direito Civil organizado pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS em conjunto com o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) e a Universidad Nacional del Litoral (Santa Fé - Argentina) e coordenado pela Prof. Dra. Cláudia de Lima Marques, no dia 19 de setembro de 1998. A pesquisa expressada nesta palestra deve-se ao apoio da FAPERGS em forma de bolsa, à qual manifesto meus agradecimentos.